

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **La Cour de justice favorise-t-elle l'appropriation des données par celui qui les a traitées ?**

Michaux, Benoît

*Published in:*  
Auteurs et Media

*Publication date:*  
2017

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Michaux, B 2017, 'La Cour de justice favorise-t-elle l'appropriation des données par celui qui les a traitées ? Note sous C.J.U.E. (2e ch.), 29 octobre 2015', *Auteurs et Media*, Numéro 1, p. 28-34.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Droit d'auteur Auteursrecht

C.J.U.E. (2<sup>e</sup> ch.),  
29 octobre 2015

Siège: R. Silva de Lapuerta (prés. ch., ff. prés.),  
K. Lenaerts (rapp.), J.L. da Cruz Vilaça,  
C. Lycourgos et J.-C. Bonichot (juges)

Av. gén.: Y. Bot

Aff. C-490/14

FREISTAAT BAYERN (MM<sup>es</sup> Karpenstein  
et Kottmann) c. VERLAG ESTERBAUER  
GMBH (M<sup>e</sup> Hertin)

**Bases de données – Droit *sui generis* – Cartes  
topographiques – Indépendance des éléments  
constituant une base de données – Possibilité  
de séparer lesdits éléments sans affecter  
la valeur de leur contenu informatif**

L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, doit être interprété en ce sens que des données géographiques qui sont extraites par un tiers d'une carte topographique aux fins de la fabrication et de la commercialisation d'une autre carte conservent, après leur extraction, une valeur informative suffisante pour pouvoir être qualifiées d'«éléments indépendants» d'une «base de données» au sens de ladite disposition.

**Databanken – *Sui generis* recht – Topografische  
kaarten – Zelfstandigheid van de elementen  
die samen een databank vormen –  
Mogelijkheid om die elementen van elkaar  
te scheiden zonder dat de waarde van de  
informatieve inhoud ervan wordt aangetast**

Artikel 1, lid 2, van richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken moet aldus worden uitgelegd dat geografische gegevens die door een derde uit een topografische kaart worden gelicht met het oog op de vervaardiging en de commerciële exploitatie van een andere kaart, na deze verrichting nog voldoende informatieve waarde hebben om te kunnen worden aangemerkt als «zelfstandige elementen» van een «databank» in de zin van die bepaling.

## Note

### La Cour de justice favorise-t-elle l'appropriation des données par celui qui les a traitées ?

1. En l'état actuel du droit, la notion de propriété est-elle applicable à des données individuelles qui sont le fruit d'un traitement et qui ont une valeur informative, ne fût-ce que d'une manière indirecte et limitée ?

La question revêt une importance considérable qui ne cesse d'enfler à mesure que les données rejoignent l'épicentre du modèle économique dominant et que le «Big Data» se fait omniprésent. Certes, il s'agit d'une question dérangeante, car *a priori* elle met à mal des principes fondateurs voire des valeurs essentielles qui s'attachent, entre autres, à préserver la libre circulation des informations. Mais il n'empêche que – n'en déplaise aux plus allergiques – la question se pose et s'impose à tous, quelle que soit la réponse que chacun se réserve d'y apporter.

2. La décision *Esterbauer* de la Cour de justice<sup>(1)</sup> n'est pas complètement neutre par rapport à cette question cruciale. Il est vrai qu'elle est loin de la rencontrer telle quelle, de manière frontale et ouverte. Cela étant, même si ce n'est que par la bande, et en particulier en se prononçant sur la protection accordée aux fabricants de bases de données<sup>(2)</sup>, le fait est que par répercussion la Cour finit par empiéter sur son champ. Et quand bien même cet empiètement serait-il involontaire voire inconscient, il n'en est pas moins réel.

Ce nouveau développement est d'autant plus remarquable qu'il surgit sur un terrain où on ne l'attendait pas. En effet, s'il est exact que des observateurs se mettent depuis peu à envisager la notion de propriété à propos de données individuelles, ils situent leur réflexion précisément en-dehors de la protection des bases de données<sup>(3)</sup>.

3. Dans le cas d'espèce concerné par l'affaire *Esterbauer*, la Cour de justice était interrogée sur la portée des dispositions qui organisent le droit dit «*sui generis*» attribué au fabricant de la base.

Ce n'est pas la première fois que la Cour est sollicitée sur ce sujet. Ainsi, par le passé, dans l'affaire

(1) C.J.U.E., 29 octobre 2015, *Verlag Esterbauer*, aff. C-490/14 (ci-après, «l'arrêt *Esterbauer*»).

(2) La directive 96/9 concernant la protection juridique des bases de données.

(3) T. HOEREN, «Big Data and the ownership in Data: Recent Developments in Europe», *E.I.P.R.*, 2014, pp. 751 et s.

*The British Horseracing Board*, la Cour avait été amenée à limiter l'emprise du droit *sui generis* par rapport à l'objet de l'investissement requis. Elle avait en effet indiqué à ce sujet que le droit *sui generis* bénéficie uniquement à celui qui investit dans la constitution d'un système de stockage de données existantes et non à celui qui investit dans la création de données<sup>(4)</sup>.

Dans l'affaire *Esterbauer*, en revanche, la Cour semble étendre l'emprise du droit *sui generis*, cette fois par rapport aux caractéristiques des données en cause. Elle indique en effet que la protection *sui generis* est applicable à des données présentant une autonomie individuelle et une valeur informative qui, de prime abord, sont fortement limitées, au point qu'il aurait été permis de douter du fait qu'il s'agit de véritables données, *a fortiori* des données protégeables.

4. Le nœud de ce litige-ci concerne la notion même de «données».

Le texte de la directive ne définit pas cette notion, alors que celle-ci est au cœur même du sujet. Il fallait donc bien qu'un jour on finisse par se pencher de manière critique sur son contenu et ses caractéristiques.

Malgré le silence de la directive, les conditions étaient réunies pour que le concept de donnée se prête à une interprétation étendue. L'objectif avoué du législateur était en effet de stimuler autant que faire se peut la constitution de bases de données. C'est dès lors sans grande surprise – du moins sur le plan de la logique – que l'on constate que la Cour se prononce de manière fort libérale sur cette notion centrale. Ce faisant, elle estime se conformer à la volonté du législateur qui, selon elle, est de conférer une portée large à la notion de base de données<sup>(5)</sup>.

À dire vrai, le texte de la directive traduit en effet çà et là une volonté manifeste d'embrasser large. Ainsi, le considérant 9 met en vedette le caractère «utile», voire «précieux» de la base de données, ce qui annonce une ouverture prometteuse à la protection. Quant au considérant 17, il multiplie les termes pour désigner des choses qui équivalent à des données – notamment des «matières», des «faits», des «chiffres», des «éléments» – comme pour montrer sans aucune ambiguïté que la notion de donnée est singulièrement élastique.

5. Cela étant, le texte de la directive prévoit par ailleurs des exigences qui, elles, sont inévitablement de nature à peser sur la notion de données.

En particulier, il préconise que les données correspondent à des éléments «indépendants»<sup>(6)</sup>. C'est précisément à l'égard de cette exigence d'indépendance que la décision *Esterbauer* se révèle importante, ainsi qu'on le verra.

6. Le premier angle de vue à prendre en considération pour définir les données porte sur la nature de celles-ci.

Comme la Cour l'avait déjà fait dans l'affaire *Fixtures Marketing*, dans *Esterbauer*, elle prend à nouveau appui sur le considérant 17 de la directive 96/9 pour relever que les données rassemblées dans la base peuvent être de nature différente, et correspondre soit à des œuvres soit à des non-œuvres aussi diverses que, par exemple, des textes, des sons, des images, des chiffres ou des faits<sup>(7)</sup>.

Dans *Esterbauer*, les données qui sont spécifiquement visées par les questions posées à la Cour consistent dans des codes numérotés utilisés dans le contexte de cartes topographiques – c'est-à-dire dans des chiffres. La Cour observe que deux catégories de codes chiffrés sont concernées en l'espèce. La première catégorie correspond au point de coordonnées géographiques d'un élément tel qu'une église, c'est-à-dire la localisation de cet élément en termes topographiques. La deuxième catégorie de codes désigne l'élément lui-même, c'est-à-dire, dans l'exemple donné, l'église<sup>(8)</sup>.

7. Le deuxième angle de vue à considérer pour cerner la notion de données concerne la question de savoir si la donnée correspond nécessairement à une donnée individuelle, ou si elle peut également consister dans une combinaison de plusieurs données.

La Cour avait déjà penché pour la deuxième branche de l'alternative dans *Fixtures Marketing*<sup>(9)</sup> et *Football Dataco*<sup>(10)</sup>. Dans ces affaires, les données pertinentes consistaient dans la combinaison de données relatives à un calendrier de rencontres dans le cadre d'un championnat de football. Plus précisément, chacune des données consistait en réalité en une combinaison de données concernant respectivement, pour chaque rencontre, la date, l'heure et le nom des équipes.

Dans *Esterbauer*, la Cour observe que les données pertinentes consistent également dans des combi-

(4) C.J.U.E., 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board*, aff. C-203/02, point 31 (ci-après, «l'arrêt *The British Horseracing Board*» ou «l'arrêt *BHB*»).

(5) Arrêt *Esterbauer*, point 26.

(6) Article 1<sup>er</sup>, § 2, directive 96/9.

(7) Arrêt *Esterbauer*, point 14, avec renvoi à C.J.U.E., 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing*, C-444/02, point 23 (ci-après «arrêt *Fixtures Marketing*»).

(8) Arrêt *Esterbauer*, points 18 et 21.

(9) Arrêt *Fixtures Marketing*, point 35.

(10) C.J.U.E., 1<sup>er</sup> mars 2012, *Football Dataco*, C-604/10, point 26 (ci-après «arrêt *Football Dataco*»).

naisons de données, plus précisément des combinaisons de deux types de données, à savoir d'une part, la localisation géographique d'un élément (le point de coordonnées géographiques situant l'emplacement d'une église par exemple), et d'autre part, la désignation de l'élément lui-même (l'église)<sup>(11)</sup>. Elle indique que dans d'autres situations relatives au même secteur (celui des cartes topographiques), les combinaisons de données peuvent être encore plus importantes. Tel serait le cas pour une piste appropriée pour cyclistes, vététistes ou pratiquants du roller en ligne<sup>(12)</sup>. Dans cette dernière hypothèse, on comprend en effet que la combinaison de données porterait non pas sur un seul point de coordonnées géographiques, mais sur un ensemble de tels points – tous nécessaires pour permettre de reconstituer le tracé complet de la piste.

8. Le troisième angle de vue à considérer pour définir les données est plus complexe. Pour le résumer, il concerne leur contenu informatif. Plus précisément, cet angle de vue-ci soulève la question de savoir si chacune des données – qu'elle soit individuelle ou combinée à d'autres – doit répondre à des exigences particulières sur le plan de la valeur de son contenu informatif. La réponse de la Cour est affirmative.

À cet égard, la Cour fonde son raisonnement sur l'exigence selon laquelle les données constitutives de la base doivent être des éléments indépendants. Cette condition figure en effet dans la définition de la base de données<sup>(13)</sup>. D'une certaine manière, elle y est même répétée, là où la directive prévoit que les données doivent être individuellement accessibles<sup>(14)</sup>, dès lors que l'accessibilité individuelle de la donnée est liée à son indépendance.

Procédant ensuite à une interprétation de cette exigence, comme elle l'avait déjà fait dans *Fixtures Marketing*, la Cour considère que les données doivent être séparables au sens où leur séparation n'est pas de nature à affecter la valeur de leur contenu informatif<sup>(15)</sup>.

9. La question de savoir si les données en cause sont véritablement indépendantes se pose sur deux plans, du moins si l'on veut à tout prix adopter une approche théorique – et donc systématique.

Sur le plan de l'accès à la protection, tout d'abord, il est nécessaire de vérifier si la base se compose de telles données, sans quoi elle ne pourrait être

traitée comme une base de données protégeable au sens de la loi.

Sur le plan de l'atteinte au droit *sui generis*, ensuite, il importe de vérifier si l'acte d'extraction ou de réutilisation porte sur de telles données, sans quoi l'acte incriminé ne pourrait être considéré comme une atteinte au droit *sui generis*.

Cela étant, dans la pratique il n'est pas indispensable de distinguer les deux plans. Le test de l'accès à la protection est en effet inclus dans celui de l'atteinte, dès lors que l'atteinte ne peut concerner qu'un contenu protégeable. Dans *Esterbauer*, comme précédemment dans *Fixtures Marketing*, c'est d'ailleurs sur le plan de l'atteinte que la Cour se situe. Plus précisément, pour vérifier si les données en cause sont véritablement indépendantes, elle examine si, après l'acte d'extraction, les données extraites conservent chacune une valeur informative autonome<sup>(16)</sup>.

10. Au demeurant, on peut comprendre les raisons qui, dans *Esterbauer*, amènent la Cour à se situer immédiatement sur le plan de l'atteinte. La question préjudicielle qui lui était posée le lui commandait en effet.

Plus exactement la Cour avait à préciser si, et à quelles conditions, un acte d'extraction porte réellement sur des données au sens légal de ce terme, lorsque l'extraction se limite à certaines parcelles d'informations qui ne sont que fragmentaires au regard de l'ensemble complexe des données multiples dont elles font partie.

En l'occurrence, l'ensemble des données multiples dans lequel puisait l'extraction correspondait à la somme des informations très diverses contenues dans une carte topographique d'un territoire; tandis que l'extraction elle-même se limitait aux parcelles d'informations suivantes: d'une part, les points de coordonnées géographiques situant l'emplacement d'éléments déterminés (par exemple, une église, ou une voie appropriée pour des cyclistes), et d'autre part la désignation, sous forme de codes numérotés, des éléments concernés eux-mêmes.

11. Dans ce contexte, la Cour juge que les informations extraites, bien que parcellaires au regard de l'ensemble des informations dont elles font partie, sont susceptibles de constituer de véritables données, c'est-à-dire des éléments indépendants, dès lors qu'elles revêtent une valeur informative autonome après leur extraction<sup>(17)</sup>.

Ce dernier critère – celui de la conservation d'une valeur informative autonome après extrac-

(11) Arrêt *Esterbauer*, points 18 et 21.

(12) Arrêt *Esterbauer*, point 21.

(13) Article 1<sup>er</sup>, § 2, directive 96/9.

(14) Article 1<sup>er</sup>, § 2, directive 96/9.

(15) Arrêt *Esterbauer*, point 17, avec référence à l'arrêt *Fixtures Marketing*, point 29.

(16) Arrêt *Esterbauer*, point 22, avec référence à l'arrêt *Fixtures Marketing*, point 26.

(17) Arrêt *Esterbauer*, point 22.

tion – la Cour l'avait déjà utilisé précédemment dans les affaires *Fixtures Marketing*<sup>(18)</sup> et *Football Dataco*<sup>(19)</sup>.

12. Pour autant, l'application du critère qui précède ne va pas toujours de soi. Il se peut en effet que, comme dans l'affaire *Esterbauer*, l'extraction de parcelles d'informations emporte une réduction de leur valeur informative, du fait précisément qu'elle les isole des autres informations.

Dans un tel cas, l'on peut se demander si la réduction de la valeur informative de la donnée parcellaire n'est pas telle que la valeur tend à devenir insignifiante. C'était d'ailleurs la thèse de certaines parties dans *Esterbauer*. Prenant un exemple, celles-ci observaient que si la donnée extraite se résume au point de coordonnées géographiques d'une église, ce type de données ne permet pas de conclure que l'église se trouve dans une certaine ville ou un certain village<sup>(20)</sup>.

La Cour reconnaît que l'extraction peut donner lieu à une diminution de la valeur informative des données extraites. Toutefois, elle considère que cela n'empêche pas nécessairement que les données conservent une valeur informative autonome, en manière telle qu'elles constituent des éléments indépendants, c'est-à-dire de véritables données au sens de la loi<sup>(21)</sup>.

13. Il restait cependant à déterminer la manière d'apprécier la réalité d'une valeur informative dans le chef des données extraites, et la subsistance de cette valeur après l'extraction des données.

C'était précisément sur ce point que le juge de renvoi s'est trouvé gêné par une hésitation face à une alternative.

La première branche de l'alternative le contraint à apprécier la valeur informative des données extraites en fonction de paramètres très précis, à savoir la destination générale de la base de données source et l'usage prévisible qu'est censé en faire l'utilisateur-type. En revanche, la deuxième branche de l'alternative lui permet d'apprécier plus librement la valeur informative des données extraites, en fonction d'un paramètre extrêmement large, à savoir toute forme d'intérêt que celles-ci pourraient revêtir aux yeux de tout tiers généralement quelconque.

14. La Cour rejette la première branche de l'alternative. La raison de ce rejet tient au fait qu'il est difficile de déterminer la destination principale de la base de données source et le profil déterminé d'un utilisateur-type<sup>(22)</sup>. La Cour relève à ce propos que les

cartes topographiques dont il est question dans *Esterbauer* «permettent une multitude d'utilisations telles que la planification d'un voyage entre deux points, la préparation d'une randonnée cycliste, la recherche du nom et de la localisation d'une route, d'une ville, d'une rivière, d'un lac ou d'une montagne, de la largeur des cours d'eaux ou de la hauteur du relief»<sup>(23)</sup>.

Elle ajoute pour se justifier que s'il fallait mesurer la valeur informative des données extraites au regard de paramètres aussi étroits que la destination principale de la base de données source et de l'usage prévisible dans le chef de l'utilisateur-type, l'on irait à l'encontre de l'objectif du législateur. Cet objectif consiste en effet à conférer une portée large à la notion de base de données<sup>(24)</sup>.

15. La Cour opte dès lors en faveur de la deuxième branche de l'alternative, à savoir la possibilité pour le juge d'apprécier la valeur informative des données extraites en fonction de tout intérêt, quelle qu'en soit la forme, que les données pourraient revêtir aux yeux d'un tiers généralement quelconque.

Il faut, dit la Cour, avoir égard à la valeur de l'information non pas pour un utilisateur-type du recueil concerné, mais pour chaque tiers intéressé par l'élément extrait<sup>(25)</sup>.

La Cour fait observer qu'elle avait d'ailleurs déjà décidé en ce sens dans l'affaire *Fixtures Marketing*.

16. À la réflexion, il n'est pas surprenant que pour apprécier la valeur informative des données extraites, la Cour refuse de se laisser enfermer dans les intentions poursuivies par le fabricant de la base source. Ce positionnement concorde parfaitement avec la conception générale de la protection *sui generis* qui imprègne la jurisprudence antérieure de la Cour.

Ainsi, la Cour avait déjà souligné, notamment dans *BHB*<sup>(26)</sup> et dans *Directmedia*<sup>(27)</sup>, qu'il importe peu que l'extracteur ne cherche pas à constituer une base de données concurrente de la base source. Il est même indifférent qu'il poursuive un objectif autre que celui de la constitution d'une base de données, voire qu'il agisse à des fins non commerciales<sup>(28)</sup>.

Chacun avait bien compris à l'occasion des arrêts *BHB* et *Directmedia* que quand bien même les visées de l'extracteur diffèrent de celles du fabricant victime de l'extraction, l'extraction n'en est pas moins

(18) Arrêt *Fixtures Marketing*, point 33.

(19) Arrêt *Football Dataco*, point 26.

(20) Arrêt *Esterbauer*, point 18.

(21) Arrêt *Esterbauer*, point 23.

(22) Arrêt *Esterbauer*, points 25 et 26.

(23) Arrêt *Esterbauer*, point 25.

(24) Arrêt *Esterbauer*, point 26.

(25) Arrêt *Esterbauer*, point 27.

(26) Arrêt *BHB*, points 47 et 48.

(27) C.J.U.E., 9 octobre 2008, *Directmedia*, aff. C-304/07, point 47 (ci-après «arrêt *Directmedia*»).

(28) Arrêt *BHB*, points 47 et 48; arrêt *Directmedia*, point 47.



potentiellement répréhensible. Il ne faut donc pas s'étonner du fait que par la suite, dans *Esterbauer*, la Cour estime que la valeur des informations extraites ne saurait dépendre des intentions de celui qui a constitué la base source.

17. Le parallèle avec *Directmedia* permet en outre d'observer une autre continuité dans la jurisprudence de la Cour.

Dans *Esterbauer*, l'extracteur ne reprend que certaines informations très parcellaires au regard de la totalité des informations contenues dans le recueil source (la carte topographique). Cela n'empêche pas la Cour de considérer que l'acte d'extraction porte sur des données et qu'il est donc susceptible de constituer une atteinte au droit *sui generis*.

On se souviendra que précédemment, dans *Directmedia*, la Cour avait déjà admis d'une manière comparable, même si c'était dans une autre perspective, que l'extraction constitue une notion large qui ne se limite pas à une reprise intégrale et à l'identique des données de la base source. L'extraction peut en effet consister dans une reprise sélective. L'extracteur est susceptible d'omettre certaines données ou de rajouter aux éléments extraits des éléments en provenance d'autres sources, ce qui ne le met pas à l'abri des reproches<sup>(29)</sup>.

Dans le droit fil de *Directmedia*, *Esterbauer* reconnaît que l'extracteur peut procéder à un ciblage spécifique de ses proies au sein du recueil source. Dans *Esterbauer*, ce ciblage est extrêmement poussé dès lors que les données extraites (à savoir le point de coordonnées géographiques situant les éléments et la désignation des éléments eux-mêmes) ne représentent que des parcelles infiniment modestes par rapport à l'ensemble des données. La fragmentation est telle, au sein du recueil source, que ce n'est plus le recueil ni même des parties du recueil qui retiennent l'attention, mais une catégorie tout à fait particulière de certaines données qui le composent.

Ce phénomène de fragmentation voire d'atomisation contribue à amplifier l'impression d'une sourde évolution vers une protection des données comme telles, ce qui paraît aller à l'encontre du souci initial du législateur – du moins dans le cadre de la directive 96/9 concernant la protection juridique des bases de données<sup>(30)</sup>.

18. À l'issue de l'affaire *Esterbauer*, la valeur informative autonome des données se voit incontestablement renforcée. La portée de cette valeur en tant que critère reste cependant relative, car elle ne permet pas de répondre à toutes les questions.

Plus précisément, la valeur informative autonome ne sert qu'à vérifier si les données en cause revêtent un caractère indépendant et constituent dès lors de véritables données au sens de la loi.

Certes, cette question est importante, car il ne peut y avoir extraction illicite que si celle-ci concerne de véritables données. Toutefois ce n'est pas la seule question qui se pose à cet égard. En particulier, dans la plupart des cas d'extraction prétendument illicite, il faut également examiner si les données concernées par l'extraction – quand bien même elles méritent le label de véritables données – représentent une partie substantielle de la base de données.

Or, par rapport à cette autre question, ce n'est pas la valeur des données qui constitue le critère adéquat, ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *BHB*.

Cependant, il est évidemment essentiel de rappeler le contexte dans lequel la Cour a pu dire, dans *BHB*, que la valeur des données n'était pas pertinente. Il s'agissait d'interpréter la notion de partie substantielle du contenu d'une base de données, dès lors qu'aux termes de la directive 96/9 (article 7, § 1<sup>er</sup>), l'extraction n'est répréhensible que si elle porte sur une partie substantielle<sup>(31)</sup>.

La Cour a souligné que, conformément au prescrit de la directive, la partie substantielle peut être d'ordre qualitatif plutôt que quantitatif. À cet égard, elle a relevé qu'une partie négligeable sur le plan quantitatif peut se révéler substantielle sur le plan qualitatif, en raison de l'investissement humain, financier ou technique lié à l'obtention, la vérification ou la présentation des données en cause<sup>(32)</sup>.

En d'autres termes, quand bien même les données extraites ne correspondraient qu'à un nombre très limité, elles peuvent néanmoins représenter une partie substantielle si elles ont requis un investissement important. En revanche, ainsi que le précise la Cour, «la valeur intrinsèque des données ne constitue pas un critère déterminant pour apprécier le caractère substantiel de la partie [extraite]»<sup>(33)</sup>.

Le critère de l'investissement important ne peut être confondu avec celui de la valeur intrinsèque des données. Cela étant, il est prévisible que dans la pratique ces critères entretiendront des rapports étroits. Ainsi, il se conçoit aisément que plus il y aura de l'investissement dans l'obtention ou la vérification des données, plus celles-ci revêtiront une valeur intrinsèque élevée.

(29) Arrêt *Directmedia*, point 41.

(30) *Cfr infra*, § 22.

(31) Sous réserve de l'hypothèse particulière où il y aurait extraction systématique et répétée (telle que prévue à l'article 7, § 5, directive 96/9).

(32) Arrêt *BHB*, point 71.

(33) Arrêt *BHB*, point 72.

En définitive, quand il est lu de la manière qui vient d'être expliquée, l'arrêt *BHB* n'affaiblit pas la portée de l'arrêt *Esterbauer* en ce que ce dernier a renforcé l'incidence de la valeur informative des données.

19. De manière générale, force est de constater que l'arrêt *Esterbauer* fait preuve de largesse à l'égard des bases de données.

S'agit-il d'une largesse qui bénéficie spécifiquement à la notion même de base de données, conformément au vœu du législateur, comme la Cour le suggère<sup>(34)</sup> ? Ou devrait-on y voir davantage, à savoir une largesse qui profite à l'étendue de la protection liée au droit *sui generis* ?

Il n'est pas de grande utilité d'ergoter ici sur les mots, car au final, sur le fond, il y a accord quant au fait que l'interprétation de la Cour renforce de manière significative la position des ayants droit.

20. Plus intéressante, en revanche, est la question de l'étendue de ce renforcement. À cet égard, il importe de prendre la pleine mesure des conséquences potentielles, directes et indirectes, de cette décision.

Pour ce faire, il est nécessaire de situer *Esterbauer* au regard de la globalité du système *sui generis* tel qu'il a été organisé par le législateur communautaire et de l'interprétation qui en a été faite jusqu'à présent par la Cour de justice.

21. Si l'on résume la situation de façon schématique, il est permis de dire qu'au départ, dans la vision des instances de l'Union, la base de données est prioritairement traitée comme un bloc, ou, à tout le moins, comme un conglomérat de blocs d'une certaine importance. La protection *sui generis* est censée bénéficier à un ensemble ou à un sous-ensemble de données, plutôt qu'à des données individuelles.

Toutefois il est permis de formuler – avec prudence – l'hypothèse que, par vagues successives, la Cour a fini par fissurer et faire éclater les blocs. Ce mouvement vers une granularité de plus en plus fine pourrait, s'il est avéré, être de nature à emporter un subtil glissement progressif en direction d'une protection des données constitutives de la base plutôt que de l'ensemble de la base (prise dans son intégralité) ou de ses principaux sous-ensembles.

À cet égard, les arrêts *Fixtures Marketing*, *BHB*, *Directmedia* et *Esterbauer* correspondent à des étapes successives dans un processus qu'il convient à présent d'examiner de plus près.

22. Le souci de privilégier une protection par blocs plutôt qu'une protection individuelle des données est clairement exprimé dans la directive 96/9.

Dans la disposition phare<sup>(35)</sup> qui organise la protection *sui generis*, ce sont des parties substantielles du contenu de la base de données (et non des données individuelles) dont le fabricant de la base est en droit d'empêcher l'extraction ou la réutilisation. En outre, le considérant 46 de la directive déclare de manière explicite que le droit d'empêcher l'extraction non autorisée de parties substantielles de données ne donne pas lieu à la création d'un nouveau droit sur ces données elles-mêmes. Dans l'esprit du législateur communautaire, il y a lieu de distinguer entre le résultat des investissements substantiels du fabricant de la base de données (lequel est protégé) et les données individuelles en tant que telles (lesquelles ne sont pas protégées).

Ce distinguo qui se veut rassurant suscite en réalité la perplexité. Dès le départ, on pouvait se demander si le législateur ne jouait pas sur les mots. En résumé, il annonce d'une part que les données ne sont pas protégées telles quelles, c'est-à-dire individuellement, et d'autre part, il met tout en œuvre pour qu'elles soient protégées à tout le moins de manière indirecte et à certaines conditions, en particulier quand elles ont requis un investissement substantiel.

En outre, il est d'autant plus difficile de se persuader que le droit d'empêcher l'extraction ne correspond pas à un droit sur les données elles-mêmes, quand on lit par ailleurs que dans certains cas ce droit s'étend à des parties de contenu qui ne sont substantielles que sur le plan qualitatif<sup>(36)</sup>, voire à des parties de contenu qui sont carrément non substantielles<sup>(37)</sup>.

23. Mais c'est surtout le travail de la Cour de justice qui a contribué à susciter l'impression d'un éclatement de la protection par blocs.

Antérieurement à *Esterbauer*, celle-ci avait déjà rendu plusieurs décisions qui introduisaient clairement une tendance à glisser potentiellement vers une protection des données en tant que telles. Ainsi, les arrêts *Fixtures Marketing* et *BHB* ont mis le doigt sur le fait que des données individuelles pouvaient en tant que telles revêtir une valeur autonome<sup>(38)</sup>.

Dans *Fixtures Marketing*, il s'agissait de données correspondant à des rencontres de football intervenant entre deux équipes déterminées, à une date et une heure précises. Certes, l'affaire portait sur la

(34) Arrêt *Esterbauer*, point 26.

(35) Article 7, § 1<sup>er</sup>, de la directive 96/9.

(36) Dans ces cas, il importe peu que les données concernées par l'extraction se limitent à des quantités négligeables (arrêt *BHB*, point 71).

(37) Même si c'est à certaines conditions : article 7, § 5, de la directive 96/9.

(38) Cfr arrêt *Fixtures Marketing*, points 33 et 34.

protection d'un bloc de données (le calendrier d'une compétition de football), mais cela n'empêche que la décision a fini par se focaliser sur la possibilité d'extraire certaines données spécifiques de ce bloc en vue de les exploiter en tant que telles. Au demeurant, dans *Fixtures Marketing*, la Cour avait relevé au passage qu'aux termes de la directive, la protection ne suppose pas que la base soit constituée d'un nombre important de données<sup>(39)</sup>.

*BHB* a encore accentué la mise en vedette des données individuelles aux dépens du bloc. Plus précisément, cette décision a mis en évidence les situations où la quantité de données concernée par l'extraction est négligeable et où le droit d'empêcher l'extraction est néanmoins applicable en raison des investissements liés à l'obtention, la vérification ou la présentation des données<sup>(40)</sup>.

Par ailleurs, l'arrêt *Directmedia* a illustré l'importance des situations où ce sont les données constitutives de la base source qui tiennent la vedette, bien plus que la base elle-même ou ses parties. De tels cas se présentent lorsque l'extracteur est sélectif dans l'extraction et qu'il adapte et enrichit les données extraites.

Dans ce contexte, la décision *Esterbauer* est de nature à amplifier encore la tendance à protéger les données en tant que telles. En reconnaissant le statut de données à des informations extrêmement parcelaires au regard de la base source, c'est-à-dire en atomisant la notion de base de données ou de recueils, la Cour déplace encore un peu plus le centre de gravité vers les données elles-mêmes.

24. Le débat général sur la propriété des données a dernièrement été (re)lancé à l'occasion des initiatives communautaires dans le domaine de l'économie des données («The Data Economy»)<sup>(41)</sup>.

Les développements jurisprudentiels qui sont intervenus dans le cadre de la protection *sui generis* attachée aux bases de données ne permettent nullement de considérer que cette discussion serait déjà réglée dans un sens favorable à un droit de propriété. Certes, comme cela a été évoqué, le fait est que le droit *sui generis*, bien que conçu pour protéger la base de données en tant que recueil, manifeste une certaine tendance à glisser vers une protection des don-

nées elles-mêmes. Mais cette évolution reste incertaine et contestée.

Surtout, il s'agit d'une évolution qui, si elle est avérée, est extrêmement partielle dans le paysage juridique global. Ainsi, la protection *sui generis* ne récompense que les investissements des véritables fabricants de systèmes de stockage et de traitement de l'information, c'est-à-dire ceux qui obtiennent, vérifient ou présentent des données existantes. A *contrario*, il ne récompense pas les investissements des intervenants qui créent des données. Il ne récompense pas davantage ceux qui traitent des données, ou qui permettent de les créer ou de les enrichir, sans constituer eux-mêmes des bases de données.

Le débat sur la propriété des données est donc infiniment plus vaste que les commentaires qui précèdent. Par ailleurs, il nécessite une réflexion à la mesure des enjeux qu'il soulève et des objections fondamentales qui pourraient être opposées à certaines réponses potentielles. Bref, il justifie une étude autrement plus approfondie.

Benoît Michaux<sup>(\*)</sup>

## HJEU (9e k.) 26 maart 2015

Zetelen: K. Jürimäe, J. Malenovský en A. Prechal

Advocaat-generaal: E. Sharpston

C MORE ENTERTAINMENT (Mrs. Bratt en Feinsilber) t. LINUS SANDBERG (Mr. Häggström)

Zaak C-279/13

**Omroeporganisaties – Naburige rechten – Richtlijn 2001/29 – Exclusief recht op beschikbaarstelling voor het publiek op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd er toegang toe hebben (artikel 3, lid 2) – Live-uitzending van een sportevenement op een website**

Artikel 3, lid 2, van richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet

(39) Arrêt *Fixtures Marketing*, point 24. Voy. à ce propos, M. VAN EECHOU, «De ontsporing van het begrip databank, Enige bedenkingen bij HvJEU *Freistaat Beieren/ Verlag Esterbauer*», A.M.I., 2016, pp. 25-30, spécialement pp. 26 et 28.

(40) Arrêt *BHB*, point 71.

(41) Cfr, en particulier, communication de la Commission, *Building a European Data Economy*, COM (2017) 9 final, 10 janvier 2017.

(\*) Professeur à l'Université de Namur, avocat au barreau de Bruxelles.